

SENTENCIA: En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los veinte días del mes de febrero de dos mil catorce, se reúne en Acuerdo el Tribunal de Impugnación, integrado por los Dres. Héctor Oscar Dedominichi; Richard Trincheri y Daniel Gustavo Varessio, para dictar sentencia en el Caso N° 75/2014, "RIVERA, ANGEL EZEQUIEL S/HOMICIDIO EN OCASIÓN DE ROBO" (ex causa n° 104/2011 de la Cámara en lo Criminal Primera de esta ciudad, "GARRIDO, DANIEL ULISES - RIVERA, ANGEL EZEQUIEL S/HOMICIDIO EN OCASION DE ROBO - SEPULVEDA, HUGO DAVID - QUINTEROS, FABIAN ALBERTO S/ENCUBRIMIENTO CALIFICADO").

ANTECEDENTES: Que por sentencia N° 46/12 emitida por la entonces Cámara en lo Criminal Primera de esta ciudad, se resolvió en lo que aquí interesa: "Condenando a Ángel Ezequiel Rivera, como autor material penalmente responsable del delito de Robo Agravado por el uso de arma de fuego (inc.2do. del art. 166 del Código Penal) a la pena de NUEVE (9) AÑOS de prisión de efectivo cumplimiento, con más la inhabilitación absoluta por igual término de la condena y costas (art. 12 del C.P y 491 y 494 del C.P.P. y C)".

En contra de tal decisión, dedujo recurso de casación el señor Defensor de Confianza, Dr. Luis M Varela (fs. 722/724). En razón de haberse aprobado mediante el dictado de la ley 2784, el nuevo Código Procesal Penal que derogara la ley 1677 (Código Procesal Penal y Correccional de la Provincia del Neuquén) y la Ley Orgánica de la Justicia Penal (Ley

2891) corresponde, por aplicación del art.55 de esta última, imprimir al 'recurso de casación deducido el trámite previsto en el Código de Procedimientos Penal conforme la Ley 2784.

Así, en la audiencia realizada el pasado 14 de febrero de 2014, el señor Defensor de Confianza del imputado, el Dr. Marcelo Ortiz (actuando en forma conjunta con quien interpusiera el entonces recurso de casación, el Dr. Varela) expresó los agravios contenidos en el mismo, dejándose constancia que no ofreció prueba en la oportunidad prevista en el art. 243 del C.P.P.; solicitó por su parte la revisión de la condena, en orden a la errónea aplicación de la ley sustantiva (falta de fundamentación en cuanto a la participación de su defendido en el hecho) considerando que aquél debía responder por el delito de robo y respecto a la falta de determinación de la pena impuesta (de nueve años) al resultarle la misma infundada, estimó adecuada la de seis años de prisión.

Conforme las disposiciones contenidas en el art. 245, tercer párrafo, ídem, al ser preguntado el señor Fiscal de Cámara acerca de los recaudos legales de la vía de impugnación, manifestó no tener observaciones que formular. Por su parte, el mismo funcionario brindó sus argumentos y solicitó la confirmación de la sentencia impugnada.

Debe señalarse, por tratarse de una 'causa' que tramitara bajo las reglas del anterior Código, que el debate realizado en su oportunidad no fue video-filmado como ahora se exige, debiendo por lo tanto

recurrir a la sentencia obrante en el expediente a los fines de 'confrontar' la misma con los agravios del impugnante y así dictar la correspondiente resolución en los términos del art.246 del digesto procedimental.

En consecuencia, ha de afirmarse que el recurso en cuestión, sea conforme los arts. 421, 415 ycc. del anterior sistema de enjuiciamiento, o las disposiciones contenidas en los arts. 242 y cc. del C.P.P., cumple acabadamente con los recaudos de interposición, en tiempo y forma, así como debida fundamentación del mismo, por lo que sin más ha de ponerse a consideración del Tribunal la procedencia o no de los agravios expuestos por el impugnante.

Así, llevado a cabo el pertinente sorteo, resultó que en la votación debía observarse por los señores Jueces el orden siguiente: Dr. Héctor Oscar Dedominichi; Dr. Richard Trincheri y Dr. Daniel Gustavo Varessio, luego de haberse cumplido el proceso deliberativo.

El Dr. HECTOR OSCAR DEDOMINICHI dijo: Como expresara el impugnante en la audiencia celebrada, dos son los agravios invocados contra la sentencia de condena dictada oportunamente; falta de fundamentación y motivación en la tipificación del delito y el segundo, en la graduación de la pena.

En relación al primer 'agravio' señaló que su asistido debe responder por su hecho propio; al momento de consumarse el hecho, el delito, no tenía conciencia del arma, por eso, al no tener el arma no lleva adelante la acción; no era parte de la

planificación en el hecho, ya que eso lo lleva adelante el otro imputado.

Agrega, en ese caso, podría haber tenido acceso a todo lo que iba a suceder, por lo tanto, Rivera no era consciente de que Garrido llevaba un arma, por lo tanto, no puede aplicársele la agravante de arma de fuego. Por lo tanto la calificación correcta habría sido la de homicidio simple y luego la de robo simple.

En cuanto al restante agravio, expresa que el Tribunal se explaya sobre toda la acción que lleva adelante el co-imputado Garrido, pero en ningún momento da fundamentos sobre el agravamiento de la condena, se impone, solo diciendo por aplicación del art.41 y se agrava la pena en nueve años de prisión.

En consecuencia, solicita se haga lugar al recurso, y se le imponga a su defendido, la pena de seis años de prisión, porque en realidad lo que ocurre es un homicidio, donde Rivera no participa de manera directa, porque luego de producirse la muerte de Rojas, casi en forma inmediata, se produce el robo, en ningún momento es partícipe porque no tenía el arma, no era consciente, por eso cuando se lo condena a nueve años de prisión, no se sabe por qué se le da esa pena y no la de seis años.

Solicita, se atenúe la pena, no se le imponga el agravante del art.162 inciso 2° del C.P. (debe entenderse, 166 inc.2°).

A su vez. el señor Fiscal de Cámara, señaló: La Defensa se agravia respecto de la sentencia que condena al señor Rivera a la pena de 9 años por el delito de robo agravado por el uso de un arma de fuego, en dos cuestiones, una subsidiaria de la otra. La primera sobre la calificación de la conducta del señor Rivera.

En tal sentido, entiendo, dijo, que respecto a este agravio, hay un segundo, porque en la sentencia no se habría dado los fundamentos, el mínimo del robo agravado, o el máximo del robo simple, se refiere a los dos agravios.

En cuanto al primero, de la calificación legal, lo que dice el señor Defensor, es que no se lo puede condenar por la agravante de la utilización de un arma de fuego, porque no conocía (según sus palabras) no tenía conciencia de la presencia del arma.

Dicho agravio expresa el Dr. Vignaroli, no puede prosperar, en cuanto a que no tenía dominio de la planificación del hecho. Están explicitados en la sentencia, de extender la responsabilidad del art.165 a la muerte si, es ir más allá de la responsabilidad de la culpabilidad.

Si vemos, agrega, la participación que tuvo Rivera en el hecho (tomó del cuello a la víctima) existía una planificación de llevar adelante un hecho, y no está probado que no sabía que existía un arma, es más venía de un lugar donde estaban compartiendo bebidas alcohólicas, todo indica que existía un claro

conocimiento de lo que iban a hacer; hay un dato relevante por el que sí demuestra que Rivera tenía conocimiento del suceso. Antes de cometerlo, intentaron asaltar a otra persona que declaró, y ante la frustración de llevarlo adelante, se efectuó un disparo de arma de fuego, esto demuestra que Rivera tenía conocimiento que su compañero se encontraba armado.

Afirma el señor Fiscal, si realmente no tenía intenciones de cometer un robo con arma, podría en ese momento haberse ido, y no haberse quedado esperando que pasara otro incauto motociclista y llevar adelante el hecho con el infortunio que tuvo la víctima de haber muerto a causa del mismo. Por eso entiende que la sentencia atacada no adolece de ningún tipo de vicio en la aplicación de la ley penal sustantiva; está debidamente fundada y razonada en base a la prueba colectada en la investigación y en la audiencia.

Respecto al segundo agravio, en cuanto a que no se habría ponderado en los términos del art.41 del C. Penal, para mensurar cuál era el monto de la pena, solicita se lea la tercera cuestión, contenida en la sentencia, ya que allí surge claramente que la misma está debidamente fundamentada.

Aduna, hay un claro fundamento en los términos de los arts.40 y 41 de porqué se le impone nueve años de prisión. Obviamente, que esta circunstancia agravante, en los términos de los referidos artículos del C.P, son comunes para ambos imputados; de hecho no hace ningún tipo de distinción, en esta tercera cuestión, si hacen el análisis para uno u

otro imputado, le cabe a los dos imputados, a ambos imputados, fue un hecho único, donde cada uno tiene distinta responsabilidad penal; en el cual, uno fue el autor del disparo que causó la muerte y el otro colaboró en la comisión del robo agravado, por lo que no debe prosperar este segundo agravio, porque se encuentra debidamente fundado en la sentencia, en la que se le impone la pena de nueve años.

Ahora bien, expuestos los agravios del impugnante y los fundamentos de la fiscalía, corresponde señalar que la entonces Cámara en lo Criminal Primera de esta Ciudad, por sentencia nro.46 del 9 de noviembre del año 2012, en lo que aquí interesa, condenó a Ángel Ezequiel Rivera como autor material penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego (inc.2do. del art.166 del Código Penal), a la pena de nueve (9) años de prisión de efectivo cumplimiento, más la inhabilitación absoluta por igual término de la condena y costas (arts. 12 del C.Penal; 491 y 494 del C.P.P. y C.).

Al examinar el Juez de primer voto la teoría del caso propuesta por las partes, y luego de concluir en que la acusación logró acreditar las dos primeras cuestiones planteadas (respecto de la muerte de José Daniel Rojas, la cual se la atribuye al imputado Garrido) señala: (por la víctima) 'fue interceptada previamente por dos personas con el objeto de sustraerle sus efectos personales y el vehículo' (ya que se movilizaba a bordo de una moto).

Más tarde, al abordar el extremo de la autoría expresa que la referencia hecha por el testigo Echeverría Cuevas, sobre el horario, el lugar, la modalidad, la agresividad y la cantidad de atacantes, coloca a Rivera en ese lugar, minutos antes de abordar a Rojas.

Agrega, 'los tres testigos que participaron de la tertulia, terminan de dar certeza a la imputación, son precisos, creíbles y contestes (Figueroa, Cuevas y Arriagada) al decir la hora que se retiraron -cerca de las 19,00 hs-, con que intención: -conseguir plata en la barda para comprar vino-, cuanto tardaron en regresar: -un poco más de una hora-, que objetos traían; -la moto empujando y una billetera con dinero-, que manifestaron: -ganamos, cual de los dos utilizó el arma para disparar a la víctima: - Garrido disparó y se colgó del conductor-. Por último cabe preguntarse, que sentido, lógica y acuerdo había para que se repartieran el dinero si ambos no habían participado. Estas evidencias, dan certeza a la autoría de los dos acusados'.

A su vez, y en relación con los citados testigos -Echeverría Cuevas, Figueroa y Arriagada- y sus dichos con relación a la participación del imputado Rivera (conf. fs.693 vta. y 694 respectivamente) la sentencia recoge en su fundamentos dichas declaraciones, en punto a la presencia de Rivera junto con Garrido, minutos antes de abordar a Rojas.

El testigo Echeverría Cuevas no deja ninguna duda, por cuanto pudo observar cuando venía con su moto y su hijo a dos muchachos, uno de ellos se le



cruzó y le dijo 'para que te mato', lo esquivó, le pegaron una patada al manubrio, perdió el equilibrio y prosiguió. Describió a los mismos, diciendo, uno era alto y flaco, el otro morocho y un poco más gordo, le pareció que portaba un arma de fuego porque escuchó el ruido característico del gatillo. Fue a la casa de su mujer, luego a la comisaría y avisó que había ocurrido, le comentaron que iban a mandar un patrullero. El lunes a las ocho de la mañana fue la policía a su casa y se enteró lo ocurrido. El homicidio fue en el mismo lugar.

Los restantes testigos son los que brindan detalles acerca de la reunión que mantenían junto a Garrido y Rivera, entre otros, en una platea ubicada en un terreno de la Toma Norte, señalaron el momento en que se retiraron, anunciaron que intentarían conseguir dinero para comprar vino, que irían a la barda, en clara alusión a un asalto.

En tal sentido se expresaron Figueroa y Arriagada y a ellos se refiere la sentencia en su parte pertinente, indicando sus declaraciones.

Es decir, el agravio formulado por la Defensa del imputado Rivera -en cuanto a que la sentencia adolecía de falta de fundamentación y motivación en la tipificación del delito- no ha de prosperar.

Las consideraciones expuestas con relación al contenido de la pieza decisoria permiten concluir que la sentencia atacada ha cumplido con las exigencias legales requeridas, en cuanto a su fundamentación y/o motivación respecto de las cuestiones relativas a la existencia del hecho delictuoso, participación del

imputado y calificación legal que corresponda (art.363 del entonces Código de rito vigente al momento de su dictado).

La censura ensayada en favor del imputado, en el sentido que no sabía de la existencia de un arma de fuego en manos de su consorte, Garrido, así como no tenía conciencia de la misma, no ha de acogerse por las razones citadas.

La sentencia examinó la prueba reunida durante el proceso y la producida durante el debate y aplicando las reglas de la sana crítica racional (art. 363 segundo apartado del anterior Digesto) lo que le permitió afirmar cual había sido la conducta desplegada por Rivera en el hecho y en su consecuencia, establecer la calificación legal de la misma, ambos extremos resultan debida y legalmente fundados, luciendo plenamente la motivación constitucionalmente exigida a las sentencias (conf. art.238).

Distinta ha de ser la solución que he de propiciar al Acuerdo con relación al restante agravio, es decir la falta de fundamentación en la sanción aplicada a Rivera, de nueve años de prisión de efectivo cumplimiento e inhabilitación absoluta por el término de la condena.

Hablo de solución distinta por cuanto, a poco de leer la sentencia -en la tercera cuestión- como 'propusiera' el señor Fiscal al momento de contradecir a la Defensa en la audiencia realizada, se advierte que las consideraciones efectuadas en torno a las pautas de mensuración penal (arts.40 y 41 del C.Penal) no pueden más que referirse a la sanción penal impuesta al co-

imputado (hoy condenado) Daniel Ulises Garrido de manera exclusiva y no al impugnante, Ángel Ezequiel Rivera. Veamos:

Al abordar la tercera cuestión (fs. 696 y vta. y fs.697) se tiene en cuenta, para tasar la pena: el daño causado; el motivo -el robo de la billetera, la moto y la plata-: ser un trabajador que regresaba luego de finalizar su jornada laboral, a quien 'abordaron' y 'le dispararon', en una clara muestra de desprecio por las consecuencias que esta acción de alto riesgo podía ocasionar; los bienes jurídicos que trata de preservar la ley penal; las razones que los llevaron a delinquir, comprar más vino y la conducta procesal al pretender endilgar el robo y homicidio a Quinteros.

Por último, al fijar la pena a los imputados, el Juez de primer voto, entiende 'ajustado a derecho la sanción para Daniel Ulises Garrido de catorce años y seis meses de prisión accesorias y a Ángel Ezequiel Rivera, nueve años de prisión, para ambos accesorias legales y costas'.

Como lo expresara en los considerandos precedentes, tanto en el anterior Código, como en el vigente, la sentencia debe 'hacerse cargo' de todas las cuestiones planteadas por las partes (art. 363 texto anterior y arts. 193 y 194 (incisos 3ro. y 4to. del C.P.P.) agregándose que conforme lo dispuesto en el art.369 del Código (ley 1677) la sentencia resultaba nula cuando: 3.Faltare o fuere contradictoria la fundamentación.

En cuanto al agravio de la Defensa, se trata del caso antes mencionado, es decir falta de

fundamentación en la sentencia respecto a las pautas de los arts.40 y 41 del Código Penal en la determinación judicial de la pena.

La fundamentación o motivación de la sentencia constituye una garantía (Constitución Provincial art. 238, si bien se encuentra establecida en las Disposiciones Generales del Poder Judicial) la que se acuerda no solo al acusado, sino que también lo es para el Estado en cuanto asegura la recta administración de justicia. 'Fundamentar o motivar las resoluciones judiciales significa consignar por escrito las razones que justifiquen un juicio lógico que ellas contienen'.

En el presente, en lo que concierne a la individualización judicial de la pena, tal motivación se encuentra ausente, como se verá más adelante.

Las razones que abona la Fiscalía para la confirmación del decisorio en ese punto no han de ser acogidas.

Así, debo expresar que la calificación legal de la conducta del imputado Rivera, tal como se expusiera en la sentencia, lo fue en orden al delito de robo agravado por el uso de arma de fuego (art. 166 inc.2° del Código Penal).

En orden a ello, al entender que la sentencia en ese tópico no aparece fundada, por cuanto no establece el quantum sancionatorio atendiendo a la acción de cada uno de los imputados; habida cuenta que la participación en el hecho fue perfectamente

señalada; en especial, la de Rivera, como autor del delito de robo agravado, con una nula participación y/o intervención en el homicidio que le fue exclusivamente atribuido a su consorte, Garrido, no puede considerarse que las pautas de 'mensuración' consignadas a fs.696 y vta., como refiriera puedan 'aplicarse' a ambos imputados, por las razones que expuse.

Es más, si se repara en la propia redacción de la sentencia, allí se habla de 'abordar' y de 'disparar', conducta esta última que únicamente le fue atribuida a Garrido; de allí, que para 'mensurar' la sanción penal respecto de Rivera, quien tuvo distinta participación en el hecho, no pueden tenerse en cuenta de manera global -como dice la fiscalía- 'común a ambos imputados, para la imposición de la pena, sino, considerar de manera 'individual' las pautas necesarias para dar contenido a los artículos 40 y 41 del digesto de fondo, por cuanto siempre la responsabilidad 'penal' es personal.

En ese sentido me permito citar, para ilustrar la cuestión distintos pronunciamientos; así lo dicho por la Cámara Nacional de Casación Penal, en su Sala 3°, del 4/9/2002 - Pacheco, Nino E., al afirmar: 'En materia de recurso de casación (hoy impugnación) la inclinación jurisprudencial es similar: se ha expresado que la gradación de la sanción impuesta no es revisable ante la instancia salvo que ella fuese ilegal o que no se encontrase satisfecha la exigencia de fundamentación' (el subrayado me pertenece).

Asimismo, el Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba, el cual en la Sentencia n°

38 del 4 de marzo de 2013, en la causa 'Díaz Pedro...', sostuvo: '(...) que la facultad discrecional de fijar la pena resulta revisable en casación en supuestos de arbitrariedad. Dentro de ese estrecho margen de recurribilidad, se ha fijado el estándar de revisión en los supuestos de falta de motivación de la sentencia, de motivación ilegítima o de motivación omisiva (T.S.J., Sala Penal, "Carnero", A. n° 181, 18/05/1999; "Esteban", S. n° 119, 14/10/1999; "Lanza Castelli", A. n° 346, 21/09/1999; "Tarditti", A. n° 362, 06/10/1999, entre otros)'.

'La revisión casatoria se extiende también al monto de la pena cuando éste resulta manifiestamente desproporcionado con la magnitud del injusto y de la culpabilidad si se aprecia como incongruente conforme a las circunstancias seleccionadas (T.S.J., Sala Penal, "Ceballos", S. n° 77, 7/06/1999, "Robledo de Correa", S. n° 33, 7/05/2003, "Aguirre", S. n° 59, 28/06/2005)'.

'Asimismo, el ejercicio de estas facultades discrecionales se encuentra condicionado sólo a que la prudencia pueda ser objetivamente verificable, y que la conclusión que se estime como razonable no aparezca irrazonable respecto de las circunstancias de la causa, extremo éste demostrativo de un ejercicio arbitrario de aquellas potestades (T.S.J., Sala Penal, "Villacorta", S. n° 3, 11/2/2000; "López", S. n° 141, 2/11/2006)'.

De allí entonces que al considerar como anticipara que la sentencia resulta infundada en punto a la fijación de la pena impuesta a Rivera, tal como se estableciera en la tercera cuestión y en la parte dispositiva del fallo, por aplicación del art. 246 del

C.P.P., propongo al Tribunal se resuelva la presente impugnación, sin reenvío, por cuanto, para resolver, no es necesaria la realización de un nuevo juicio y en consecuencia, fijar la pena a Ángel Ezequiel Rivera por el delito de robo agravado por el uso de arma de fuego.

En esa inteligencia, ha de tenerse en consideración el marco penal aplicable, en el caso, un mínimo de seis años y ocho meses de prisión y un máximo de veinte años de prisión, respectivamente (art. 166 inciso segundo, primer párrafo del C.Penal). Ello resulta un punto de partida ineludible.

Así, teniendo en cuenta la propuesta efectuada al Acuerdo, es decir, la anulación parcial sin reenvío, deberá aplicarse el mínimo de la escala penal, esto es, seis años y ocho meses de prisión.

En el caso, al no existir pautas valorativas en la determinación de la pena impuesta a Ángel Ezequiel Rivera (por ausencia absoluta de indicadores al respecto) se encuentra vedado a este Tribunal de Impugnación efectuar una valoración en tal sentido, con lo cual corresponde se imponga el mínimo de la escala penal del delito en cuestión.

En ese sentido y tal como lo expresara la señora Vocal del Tribunal Superior de Justicia neuquino, Dra. Lelia Graciela M. de Corvalán, en el Acuerdo nro.33/2010, tal solución es la que debe adoptarse.

Allí señaló: 'Esto lo sostengo pues cualquier solución contraria que implique extraer del legajo aquellas pautas penológicas negativas tenidas en mira por la Cámara, susceptibles de abandonar ese

quantum, llevaría a la conculcación de las más altas garantías constitucionales, como ser el derecho del imputado a que sea oído antes de su condena, o bien el llamado "doble conforme", pues no le quedaría a éste un recurso efectivo ante jueces superiores en el ámbito provincial para inspeccionar los criterios de su cuantificación'; (...) 'la sanción debe sujetarse necesariamente a la menor que resulte factible, so riesgo de afectarse el debido proceso legal'.

Es decir, que trasladado lo transcripto al caso que nos ocupa, en cuanto a la posibilidad de ponderar las 'pautas negativas' del legajo; se observa con claridad que el fallo recurrido contiene un juicio hipotético sobre los indicadores de mensuración de la pena con relación al imputado Rivera, sin que se consignaran por 'escrito' al momento de abordar la cuestión vinculada con la sanción aplicable, sus fundamentos.

Por todo ello, concluyo por hacer lugar parcialmente a la impugnación deducida, declarando la nulidad de la sentencia (por falta de fundamentación en la imposición de la pena de nueve años de prisión, inhabilitación absoluta por igual término, accesorias legales y costas, como condena a Ángel Ezequiel Rivera por el delito de robo agravado por el uso de arma de fuego) y en su lugar, imponerle al nombrado, en orden a dicho ilícito la pena de seis años y ocho meses de prisión, con más la inhabilitación absoluta por igual término de la condena, accesorias legales y costas (arts. 12 del C.Penal y arts. 268 y 270 del C.P.P.). Mi voto.



El Dr. RICHARD TRINCHERI, dijo: Adhiero a los fundamentos y conclusiones a las que arriba el colega preopinante. Así voto.

El Dr. DANIEL GUSTAVO VARESSIO, dijo: Por coincidir con los fundamentos y la solución propuesta al Acuerdo por el Juez que inaugura el presente, adhiero a su voto.

Por todo ello, el TRIBUNAL DE IMPUGNACION, RESUELVE:

I.- HACER LUGAR a la impugnación deducida en favor del imputado Ángel Ezequiel Rivera.

II.- DECLARAR PARCIALMENTE NULA la sentencia impugnada en relación a la pena impuesta al nombrado, CONFIRMÁNDOLA respecto del resto de los agravios.

III.- IMPONER en consecuencia a ANGEL EZEQUIEL RIVERA como autor material y penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego (art. 166 inciso segundo, primer párrafo del C.Penal) la pena de SEIS AÑOS y OCHO MESES de prisión efectiva, con más la de inhabilitación absoluta por igual término, y demás accesorias legales y costas (arts. 12 del C.Penal y arts. 268 y 270 del C.P.P.).

IV.- REMITASE el original a la Oficina Judicial a sus efectos, quedando las partes notificadas por su pública lectura.

Dr. Héctor Oscar Dedominichi

Dr. Richard Trincheri

Dr. Daniel Gustavo Varessio